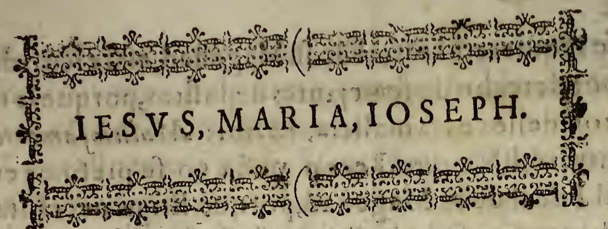


EN EL PLEYTO DE LA VILLA, Y CONDE DE Orgaz, con la Imperial Ciudad y Cabildo de herederos de Toledo.

Sobre la vezindad, derechos, atributos y libertades, q̃ pretenden, y en particular el de meter vino en la dicha ciudad, no solo de sus frutos que se cogen en la dicha villa, pero de otras qualesquier partes, a que estando visto, y remitido salio el Fiscal de su Magestad, por el Real patrimonio, coadjuuando el derecho de la Ciudad, y por su derecho propio *y fue declarado por parte en 26. de Febrero de 1631. y se mandò responder en forma.*

Sobre el articulo de la recusacion interpuesta al señor don Garcia Portocarrero.

Por el Fiscal de su Magestad.

EL auerse dilatado el proueer sobre la peticion de la recusacion, da ocasion a suplicar a v.m. enmiende los conceptos, trayẽdo a la memoria lo siguiente.

El Fiscal de su Magestad no ofrece deposito, ni se manda al Receptor de la Camara le haga por el.

Lo primero, que en lo que toca al deposito de los seys mil marauedis por si las causas de recusacion no se diessẽ por bastantes que ha de preceder, y despues de la resta para si admitidas, no se prouaren, que por la l. 17. titu. 10. lib. 2. nou. Recop. se

se requiere: El Fiscal de su Magestad, està escusado por derecho de semejantes depositos, porque la razon dellos es la malicia, l.2. ibi: *Maliciosamente*, titu.10. lib.2. nou. Recop. y esta no se presume en el Fiscal de su Magestad, porque litiga necessitado por su oficio, l.2. ibi: *Nisi officij necessitas*, C. de his qui accus. nō possūt, l. Athletas, §. calumniator cum alijs, D. de his, qui not. infam.

Y por este principio el Fiscal de su Magestad no jura de calumnia, como despues de Luc. de Pena. in l. iustas, C. de delat. lib. 10. & in l. 1. C. de conduct. & proc. eod. lib. verb. legū, additio ad Afflict. singular. 64. num. 15. D. Francis. de Alfar. de offic. Fiscal. que dio la razon, ibi: *Quod iure optimo sit propter magnam Fiscalium authoritatem*, que es la que les da su Magestad, fiando tanto dellos, l. 1. y 2. ibi: *Segun la confiança que hazemos, &c* titu. 13. lib. 2. Recop. el mismo, glos. 31. de præemintia fiscal. num. 13. y el juramento primero que haze quando le reciben, suple todos los demas.

Y por esto no es condenado en costas, porque litiga forçado, y no volūtariamēte, l. 1. C. de delatoribus lib. 12. como despues de Ioan. Gutier. lib. 3. pract. queſt. 21. per tot. que disputó la question, y distingue, ex num. 11. entre la presumpta, ô verdadera calumnia, y es en terminos, y el priuilegio de D. Franc. Alfar. vbi sup. glos. 18. de fisco defendēte, Boer. decis. 324. num. 1. Peregrin. de iur. fisc. lib. 7. titu. fin. num. 14. Alfons. Azeued. in l. 1. titu. 22. lib. 4. Recop. num. 6. y el Licenciado Hieronimo Ceuall. de cognit. per viam violen. glos. 16. num. 15. donde aun resuelue lo mismo, *etiam si fiscalis Regius non habeat iustam causam litigandi*, y la razon es, porq̄ *ratione officij, & ne timore expenssarū ius regium indefensum dimittat, prosequi tenetur.* que son palabras de Ioan. Gutier. que despues de Rebuff. y otros que alega, lo tuuo assi del Fiscal, d. lib. 3. d. q.

n.º 3.

ril. num. 5. y assi por la l. 12. dist. 13. no paga costas a los Escriuanos, Relatores, y demas oficiales, no so lo el, pero ni sus diligencieros.

Y por esto mas q̃ porq̃ fiscus sẽper est soluẽdo, tiene priuilegio, y se escusa de dar fiadores, l. 1. §. si ad fiscum, ibi: *Quia non solet fiscus satis dare*, d. l. 1. vt leg. seu fideicõ. nom. caueat. dõde aũ la gl. magistral notó, q̃ entre otras diferẽcias dela Ciudad, y el Fiscal de su Magestad. de q̃ ad longũ Bald. in l. 1. in fine, C. de pœn. iud. qui mal. iud. Bart. in rub. C. de iur. fisc. la principal es q̃ la Ciudad, tenetur satis dare, pero no el Fiscal de su Magestad, ni aũ cõcaucion juratoria, gloss. in cap. fin. verb. rebus vers. itẽ in fisco de pignorib. Corn. cons. 277. volum. 4. Anton. Gabr. lib. 5. comm. de vsufruct. concl. 1. num. 47. y despues de muchos M. Anton Peregrin, de iure fisc. lib. 1. titu. 1. num. 135. y le siguio D. Franc. de Alfar. vbi sup. glos. 16. priuileg. 30. nu. 127. con los siguientes.

De que se collige, qué tampoco deposita los marauedis de la pena de la recusaciõ, ni al principio, ni despues de propuestas las causas, porque cessa la razon de la ley, y presumpta malicia, l. 2. tit. 10. ibi. *Maliciosàmente sin justa causa se atreuen a recusar a nuestro Presidente, ò Oydores, &c.*

Ni obsta dezir, que las dichas ll. del titu. 10. de la recusacion de los del Concejo, son generales, y q̃ comprehenden al Fiscal de su Magestad, pues no distinguen, ni está exceptuado, l. de precio, v. glo. de publician. Porq̃ antes este discurso fauorece su intento, pues la razon de sus mismas leyes, que es *malicia* q̃ se presume, ó la rezela, y *atreuimiento*, q̃ redunda *en injuria de los señores Iuezes* (quod absit) cessa en el Fiscal de su Magestad, y assi su disposicion dellas tãbien, c. cum cessante de appell. porq̃ la razon restringe la disposicion, l. cũ pater. §. dulcissimis, & ibi Bart. Ioan. de Immol. & alij de leg. 2.

l. à di-

l. adigere, §. quamuis, de iur. patr. pues es en ella la alma, la qual como predomina al cuerpo, assi tambien a las palabras de la ley, l. scire, leges cũ alijs, ff. de legib. l. scire oportet. 15. §. aliud etiam, ibi: *Sed etsi maximè verba legis hũc habeat intellectũ, tamen legislatoris aliud vult*, D. de excusat. tut. l. credendum, ibi: *Incidit in constitutionis verba, sed ex sententia excusatur*, D. qui pet. tut.

Y en particular se deue entender, dummodo persona sit habilis, que es la interpretacion general de las leyes, Bald. in l. 2. §. & filius, D. qui satisdare cogant.

Y el Fiscal de su Magestad no lo es para que por recelo de malicia estè obligado a passar por las palabras generales de las leyes dichas propter prærogatiuam personæ, cap. in generali, de reg. iur. ca. si Episcopus, 2. de pænitentia in 6. respecto de la qual no està comprehendido, cap. quia periculosum, de sententia excommunicat. in 6. Pat. Suarez, lib. 6. de legib. cap. 5. num. 11. maximè auiendo se de interpretar segun derecho comun, glossa singularis in l. cum à matre, circa finem, C. de rei vindic. quam ita reputant optimam Ioann. de Imol. in § de viro, in 4. column. l. si vero, D. solut. matr. Paul. de Castr. Alex. Iass. & DD. in §. in computatione, l. fin. C. de iure deliber. con otros sin numero.

Buen exemplo es el de la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recopil. donde Alfons. Azeuedo, num. 1. dize, que es orden formal la de aquella ley, pues se dà por ella forma a la execucion, y sentencia de remate, ibi: *Dando las fianças la parte que pide execucion, que la ley de Toro, y las otras leyes destos Reynos disponen.* En la qual parecia que el Fiscal estaua comprehendido, pues es general, y no està exceptuado, y sin embargo no es assi, pues el Fiscal de su Magestad, ni la dà, ni deue esta, ni otra, como prueua curiosamente

mente D. Fräcisco Alfaro de officio Fiscalis glos. 16. de fisco agente, priuileg. 30. nu. 129. ibi: *Hanc vero fideiussionem appellamus legis Toleti, eam igitur, sicut nec aliam fiscus præstabit.*

Y no obsta la induccion de la ley de Segouia de la segunda suplicació, porque antes es caso especial, y que como formal de la l. el Fiscal de su Magestad la guarda tambien; y aunque alli el temor de la malicia de los litigantes, que procuran alargar los pleytos con la segunda suplicacion fue la razon de aquella disposicion: y asi mesmo delas leyes de la recusacion: Pero es muy diferente caso este: *Cum non similis sit, qui penitus ab initio tacuit*, como sucede al Fiscal de su Magestad que oy sale de nueuo: *Ei qui postulationē deposuit, & in iudicium venit, & subijt certamina, litem autem implere per quosdam casus præpeditus est.* Impp. in l. fin. §. 1. C. de prescription. 30. vel 40. annor. que es el que fue oydo, y condenado en dos instancias, y quiere suplicar; y tambien lo es la naturaleza de la materia sobre que se dispone en vna, y otra parte, pues la segunda suplicacion fue introducida, como dize la l. 1. illo tit. por gracia, y merced de su Magestad, y contra derecho comun, de oyr en tercera instãcia a los litigantes, C. ne liceat tertio prouocare, y como participa el Fiscal desta gracia, quiso la ley que satisfaciesse a su formalidad. Pero aqui es diferente, y asi no corre la illacion, l. Papinianus exuli. D. de minor. y por el consiguiente, la disposicion, ni argumento della, l. adigere, de iure patron. porque este remedio de la recusacion es cõforme a derecho comun, y tanto que es aun natural defensa: *Nam quodammodo naturale est suspectorum iudicū insidias declinare*, dixo el Emperador Iustiniano, y por esso le alaba de Pio el Pontifice Nicolao in cap. quod suspecti, 15. 3. q. 5. donde dixo, ibi: *Et ipsa ratio dictat*: y asi Bald. in l. impuberibus, in fin. D. de suspectis tut. dize, que la recusació: est suspicio iudicis permixta alijs præsumptionibus, & verisimilibus coniecturis, ex quibus á iudicio de facili remouetur, *quia æquitas suadet*, vt rationabili causa proposita, vel iudex remoueatur: y el señor Presiden-

dente Couarruu.dize: *Etiam si nullà lex hac de re fuisset in specie statuta, ratio ipsa facilime ostenderet*, 2. pract.cap.25.in princip. y su calidad està denotando su fuerça, que es excepcion la recusacion, y como tal antiguamẽte se deuia poner antes de la litis contestacion, dict. iurib. l. apertissimi, C. de iudicijs, y juzgar sobre ella, y el no admitirla, se tiene por grauamen, cap. suspicionis, cap. super quæstionum, § 2.3. & 5. de officio delegat ibi: *A tali grauamine, licite potuit ad nostram audientiam appellare, etc.* Conduce la ley 22. tit. 4. part. 3. v. Gregor.

n.º 4. Y ponderan tanto los Doctores este remedio, que aunque es ygual al de la apelacion, y relacion, con todo niegan que el Principe que aliàs puede quitar la apelacion, capit. super eo 12. de appellationibus pueda quitar el remedio, y defensa de la recusacion Rulant. de commis. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 2. Hippolyt. de Marsil. singu. 292. Rebuff. de recurs. in prefactio num. 11. & sequentib. y nouissim. D. Frãc. Carral. ad ll. Recop. numer. 340. y otros, y assi es materia mas fauorable, y no igual con la de la segunda suplicacion: y en conformidad desto ay muchos exẽplos, y el estylo, por el qual el señor D. Pedro Mansilla Fiscal recusò al señor D. Martin de Egues, por causa de rogarle por el despacho de vn pleyto, y en la causa de don Frãcisco de Chiriuoga, tãbiẽ recusò el Fiscal de su Magestad al señor don Roque de Vergas, solo porque era Prebendado en la Iglesia de Salamanca, donde el hermano del litigante, era Dean, y ni en estos, ni en otros muchos casos semejantes ay memoria de deposito por el Fiscal, *Nec vsquam relatũ est, nec vsquã receptũ*, l. 1. D. de Senator. Y siẽdo Fiscal yo en la Real Audiencia de Seuilla se practicò lo mismo en otra recusacion, del Licenciado Sancho Hurtado de la Puente, Oydor. Y aunq̃ la Curia Philipica, §. 7. n. 24. dize, que *si el recusante fuere el Fiscal, no se le ha de mandar depositar la dicha pena*, habla en mi fauor: pero en quanto dize, que al Receptor de penas de Camara, si, no tiene fundamento, y si siguio el de la ley de Segouia, ya està respondi do,

do, y Villadiego cap. 4. Pol. num. 192. tampoco alega ley, ni Autor que tal prueue, ni menos Monterros. titu. 5. fol. 57. y su autoridad sola no ha de mouer tan grandes juezes, conforme lo qual *minime mutanda sunt, quæ interpretationem certam habuerunt*, D. de legib. l. 1. D. de postulando, l. 1. §. qui cum vno, D. de re militari. Nouel. de nupt. cap. si quis 21. colat. 4. Y porque los Concejos quando litigan, subministran las expensas al Fiscal, Ioan. Gutier. glos. 3. §. 2. num. 15. aun aora en su nombre està hecho el deposito, sin tener obligacion, que oficiò la parte de la Ciudad por escusar duda sin perjuyzio del derecho del Fiscal de su Magestad, y esto no daña, porque abunda.

Lo segundo, siendo assi que el Fiscal de su Magestad es parte formal, assi coadjubando el derecho de la Ciudad, como *por el propio suyo*, no le obsta la ley, 15. del d. titu. 10. lib. 2. Recop. que dispone, que el que sale coadjubando el derecho, aya de tomar el pleyto en el estado en que està, porque esto fuera assi, sino huuiera salido a la defensa del pleyto, tambien por su propio derecho, como consta de la peticion, y su alegacion, a la qual se refiere el auto que le admite por parte, c. licet Heli de simonia, l. vt fundus communi diuidund. y assi en todo caso es parte legitima para defender esta causa.

El Fiscal de su Magestad està en tiẽpo para recusar

De que se sigue que quãdo por tercero opositor coadjubando el derecho de la parte de la Ciudad, y Cabildo, no pudiera recusar, puede por su derecho proprio del Real patrimonio, y la razõ es, porque el interes de su Magestad, mouio declararle por parte, assi coadjubando, como por su derecho propio, cap. veniens el 2. de testibus, cap. cum super, de re iudicata: y assi respecto de depender de la determinacion del pleyto el gran perjuyzio, e interes del Real patrimonio, que como derecho continuo, y perpetuo no tiene numero, justamente el Fiscal de su Magestad alega la defensa de recusacion en que halla faltò la parte de la Ciudad, y Cabildo, y es tan propia del pleyto, y tan importante como se vè, y està mostrado, y a esto sale, *ne alterius colusione, aut inertia alterius ius corrumpatur, sed permittẽdum est alterutri eorum agere, vt alterius ius*

in-

incorruptum maneat, que dixo la l. si pariter 9. D. de libert. caus. l. si suspecta 29. de inoffic. testam. l. si parētes, 29. vbi gloss. C. de euict. l. Paulus respondit. vbi gloss. de procurat. y de otra suerte no fuera auido por parte legitima, ni el auto tan controuertido surtiera efecto, sino pudiera alegar excepcion, y interponer defensa tan necessaria, y mas siendo Reo, y que se desiende, l. 1. §. 2. ibi: *Et quidem non esse actorem, vel sindicum; tunc quoq; intelligimus, si vel is abest, vel inhabilis sit ad agendum*, D. quod cuiusque vniuers. nomin. fact. l. quoties. D. qui satisdare cogantur.

No obstan a la recusació del Fisdo, vista, y determinacion del pleyto, las palabras auto.

Ni obstā las palabras del auto, ibi: *Sin perjuyzio del estado, vista, y determinacion del pleyto*, porq̄ aūq̄ el interpretar las toca a los señores juezes que le proueyeron: pero yo como las entiēdo salua cēsura, no es q̄ quierā dezir, *con que no pueda recusar*, aūq̄ la parte cōtraria lo temia al S. D. Garcia (de q̄ nace mas sospecha como diremos) pues ni menos que no pueda intentar, y pedir la defensa que le pareciere legitima, porque esso, como está dicho, era cōtraditorio, y repugnante al admitirle por parte, sino que no detenga cō prueuas q̄ pudiera pedir, y no pidio al principio, la determinaciō del pleyto, pues si lo cōsideramos coadjubando, como tercero, le ha de tomar en el estado que le halla, ex traditis per DD. per textum ibi, in d. l. si suspecta, D de inofficioso, l. sæpe, D. de re iud. el señor Ludouico Molina de primogen. ad finem oper. in annot. numer. 17. el señor Paz de tenuta tom. 1. cap. 23. nu. 2. Y si por su derecho propio, aūq̄ si pidiera prueua se le deuia conceder, pues es parte, contesta el pleyto, haze instancia, y la sentencia que se espera con el, es de vista, pero como no la pidio, dixose, *sin perjuyzio del estado, vista, y determinacion*, porque no impida, aunque sea por el derecho propio, la determinacion que puede auer si se conformassen los señores juezes, ni la vista en remission, ni su estado.

Y de otra suerte, si se entēdiera q̄ el Fiscal de su Magestad por esta clausula no auia de poder recusar, era quitarle lo que le compete por derecho, pues el tercero opositor regulariter, y sin duda, quādo sale iure propio, como aqui

aqui el Fiscal de su Magestad està en tiempo, y puede recusar en terminos, cap. cum super, & ibi Abb. & Felin. & Decius, num. 1. de offic. delegat. Ant. de Butrio, & Franc. in cap. cum speciali, num. 45. de appellat. Afflict. decis. 15. num. 3. & decis. 235. in fin. Vant. tract. de nullit. rubr. quis possit dicere de nullitat. sub num. 20. Andreas Gail, dict. obser. 71. n. 7. & D. Franc. Carrasc. ad ll. Recop. c. 9. n. 270.

Y no ay dar medio, supuesto que la sentencia que se espera, aunque es respeto de la Ciudad, y Cabildo de reuista, pero respecto de su Magestad por su derecho propio, solo es de vista, sino que es de mucho perjuyzio, si fuesse contra el Fiscal de su Magestad, porque de ella naceria presumpcion cõtra el por el derecho proprio que pretende, l. Herennius. §. Caia. vbi gl. de euict. ibi: *Et præsumo semper malam causam, ex quo semel est damnatus* Patian. consil. 162. num. 2. & ibi num. 13. quod in dubio est confirmanda, Petr. Surd. consil. 61 in princip. Raudens. decis. 10. num. 10. Decian. respons. 107. lib. 3. num. 8. vbi magis præsumitur pro appellante, y denegandole esta defensa, seria ponerle dudosa su justicia por los futuros contingentes, aun quando en la causa principal oy la tuuiesse llana *cum sortes humanæ multæ sint*: vt in l. fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor. porq̃ la sentẽcia es indiuidua, l. in hoc iudicio, D. famil. hercisc. l. si non sortẽ 26. §. si centum, de condit. indeb. cum alijs D. Franc. Salg. de protect. Reg. 2. part. cap. 7. num. 21. Scaccia de re iud. glo. 14. quæst. 13. ibi: *Quamuis summa contenta in sententia sit indiuidua, quia non consideratur ratione materiæ, quæ est diuidisibilis, sed ratione formæ, quæ est indiuisibilis.* Y assi no puede apartarse el derecho propio del Real patrimonio, y del Fiscal de su Magestad, del de la Ciudad, y Cabildo coadjubado, y lo que le faltasse, ex isto capite, no se le ha de negar, ex altero iuris proprij, quia vtile per inutile, nõ vitiatur de qq. Petr. Surd. commemor. cons. 450. num. 56. cum seqq. que sigue ampliando, y restringiendo el señor Castillo, Sotomayor, lib. 5. controuer. cap. 64. ex nu. 26. donde cita á muchos, y en el. c. 100. num. 16. trata que la

n.º 6.

sentencia sea indiuida, y no es nueuo en derecho sé mejore el de el otro por el del consorte, como consta, ex l. 1. C. de diuersis rescript. ibi: *Vtrique tamē prospectum est*, vbi gl. fin. tradit exempla, l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus, Iacob. Menoch. de arbitrarijs lib. 2. cent. 4. casu 379. num. 8. y no se le puede dezir, *si pro demare voluit cur tam diu tacuit*. c. 1. de frigid. porq̃ 8. dias ha que salio el auto, y oy antes de la primera vista dellos, y de los nueuamēte presentados interpone esta recusacion, q̃ antes de ser parte, claro està no podia, y como denouó emergit nouo indiget auxilio, l. de ætate, §. ex causa de ventr. inspic. y no le ha de dañar el descuydo de la Ciudad, pues à esto sale a que no le prejudique su negligencia, y defensa mala, siendo tan publico este parentesco, y no auiendo recusado, durum erit coram suspecto iudice litigare.

Primera Causa de recusacion.

Lo tercero supuesto lo dicho veamos si estas causas de recusacion lo son, Lo primero dezimos, q̃ es pariente en grado de consanguinidad, y aunque no se explicó el grado, porque quando vno llama a otro primo, ó sobrino puede ser vn grado mas, ó menos su merced el señor don Garcia lo declarara, y si dixere el grado bastāte, q̃ sera hasta el decimo, iuxta Aufrerium in tractatu de recusat. num. 4. Menoch. de arbitrarijs lib. 2. cas. 153. num. 6. Azeued. in l. 19. num. 13. d. tit. 10. lib. 2. Recop. D. Franc. Carrasc. ad ll. Recop. cap. 9. num. 111. cum seqq. y aun de alli arriba es arbitrario, segun las circunstancias y costumbre, Pero lo cierto es, està en grado muy mas cercano de consanguinidad con el Conde, porque los abuelos del señor dō Garcia, y del Conde, eran parientes en sēgūdo, ó tercero grado de cōsanguinidad, como es notorio, y lo confessara el señor don Garcia, y por esto tambien, y su memoria se deue estimar este parentesco, y nace della grande affeccion, la qual si todos los DD. y arriba dichos dexan al arbitrio, y en particular, quando es Casa de gran señor, no tiene dificultad: cō razon en la de Orgaz, por ser de tā ta calidad, y tā antigua, se deue practicar esto: y ay muchos testigos que lo juraran todo, si su merced dixere que no

es

es pariente, que es impossible, y entonces se prouará, y será mas fuerte la segunda causa de recusacion de auer mostrado afecto al Conde, diziendo que es su pariente, y 2.
sobrino, que tambien su merced declararà. La tercera causa de recusacion, y nueua, despues de dada la peticiõ 3.
a su Señoria Illustrissima el señor Presidente, es que el Cõde informó a los señores juezes ala entrada del acuerdo, suplicandoles no admitiessen la recusacion del señor don Garcia, y muchos dias ha, que conociendo la parte contraria que no se podia encubrir la dicha afeccion, ha andado quejandose de que el Fiscal de su Magestad le pretendia recusar, y que no se daria lugar por los señores juezes, y de presente ha informado sobre ello, y a V.m. le es notorio: y assi mesmo, que esta es causa legitima, ex l. 47. ibi: *Obseruandũ est ne is iudex detur, quem altera nominatim pars petit, id enim iniqui exẽpli esse D. Adrianus rescripsit.* D. de iudic. y es tan justa, como si el juez lo procurara, DD. relati per Aufrer. de recusat. citando muchos, numer. 35. vbi supra, y es la que refirio por de mayor consideracion D. Francisco Carrasco, vbi supra, numer. 342. ibi: *Si pars affectauerit recusationem ab aduersa parte factam non admitti, & de hoc curam, & diligentiam appõsuerit*, ex eo noua suspicionis causa inducitur, y quãdo se dudara si cada vna de las causas separadamente fuessen bastantes, no se puede dudar que todas juntas lo sean, aun quando fueran menos suficientes, pues miran a prouar vn mismo fin, que es la afeccion, gloss. in l. 2. verb. legitimis, de excusat. tutor. Maschard. de prob. q. 14. n. 13. cum alijs, D. Franc. Carrasc. vbi sup. n. 133.

De lo dicho consta que el Fiscal de su Magestad ha cumplido con la forma de la recusacion, que es parte para hazerla, que esta en tiempo, y le importa esta defensa a su derecho propio, y las causas cada vna y todas son legitimas: y assi se ha de proueer, y mandar que declare el señor D. Garcia, y por no auerlo hecho se dà peticiõ, y explica mas el grado de cõsanguinidad, y añade nueua causa nacida despues acâ. Salua. &c.

El Licenciado D. Diego Loaysa B.do de Quiros.